FUNCIONÁRIO PÚBLICO — NOMEAÇÃO E PROMOÇÃO — EXPECTATIVA DE DIREITO — MANDADO DE SEGURANÇA

— Não fere direito de candidato a promoção: 1) — a demora no provimento que, salvo disposição especial de lei, pode ser indefinida; 2) — A alteração por lei, depois de surgida a vaga, dos requisitos e processos de provimento; 3) — a supressão do cargo de acesso, depois de vago.

— O Poder Legislativo não pode criar cargos designando as pessoas que devem nêles ser providas.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Impetrante: Dr. José Aranha de Arruda Campos
Mandado de segurança n.º 38.047 — Relator: Sr. Desembargador
PAULO COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança número 38.047, da comarca de São Paulo, em que é impetrante o Dr. José Aranha de Arruda Campos e impetrado o Dr. Governador do Estado:

O pedido, nos seus expressos têrmos, é para que o Govêrno do Estado seja compelido, judicialmente, a determinar as medidas necessárias ao aproveitamento do impetrante no cargo de Assistente Técnico, padrão "R", a que se referem os arts. 19, letra "a", e 21, letra "b", do decreto-lei n.º 17.030, de 6 de março de 1947, combinado com o ar- partir da vigência do citado decreto-lei n.º 17.340, de 28 de junho de 1947, a partir da vigência do citado decreto-lei

n.º 17.030, publicado no "Diário Oficial" de 9 de março de 1947. E os fundamentos do pedido são, em resumo, os seguintes: Nomeado, em 1938, para o cargo de Assistente Técnico (médico), do Serviço de Pênfigo Foliáceo, foi o impetrante, em 1945, comissionado junto à Divisão do Interior do Departamento de Saúde, a fim de se encarregar dos trabalhos referentes à profilaxia da leshmaniose, sendo êsse comissionamento prorrogado em 1946 e 1947, até 10 de fevereiro do corrente ano; apesar de haver terminado o seu comissionamento, continua o impetrante na aludida Divisão do Serviço do Interior, aguardando a nomeação a que tem direito. E acrescenta a petição: Pelo decreto-lei número 17.030, art. 19, letra "a", e 21, letra "b", o cargo efetivo do impetrante que — nos têrmos da reforma introduzida pelo decreto-lei n.º 14.138, de 1944 — se transformara no de médico, voltou a ser de Assistente Técnico, padrão "R", com base nos aludidos dispositivos legais, o Interventor Federal Dr. J. Carlos de Macedo Soares, atendendo a solicitação da Secretaria da Educação e Saúde Pública, autorizou, por despacho de 11 de março de 1947, a lavratura do decreto de nomeação do impetrante para o cargo; todavia, a providência não se ultimou, porque o Governador empossado tentou anular a reforma decorrente do decreto-lei n.º 17.030, tendo, porém, o Conselho Administrativo opinado contra essa tentativa; por isso, o decreto-lei n.º 17.340, de 28 de junho de 1947, manteve, quanto ao impetratante, a situação criada pelo anterior decreto-lei n.º 17.030; pleiteou, então, o impetrante, administrativamente, seu aproveitamento no cargo de Assistente Técnico, padrão "R", mas não obteve solução favorável, dentro dos noventa dias a que alude o art. 219, § 1.º, do Estatuto Estadual dos Funcionários Públicos; assim, a falta de decisão administrativa deve ser considerada indeferimento de reclamação e o prazo para requerer mandado de segurança, há de ser contado de 24 de dezembro de 1947, data em que expirou aquêle prazo. Termina o impetrante afirmando que o seu direito ao cargo que pleiteia, é certo e incontestável e que a recusa do Govêrno em dar execução ao pedido feito nesse sentido, é ato manifestamente ilegal, pouco importando se considerar que a lei n.º 74, de 26 de fevereiro do corrente ano, tenha declarado extinto êsse cargo, porquanto essa lei não podia ter efeito retroativo, para ferir um direito adquirido. Com a petição ofereceu o impetrante quatorze documentos.

Contestando o pedido, a Fazenda do Estado alega, preliminarmente, que o mandado de segurança não é meio hábil para compelir alguém a praticar um ato, mas sim para defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal, bem como que, além do mais, não existia qualquer ato do Sr. Governador do Estado, negando dar execução ao citado decreto-lei n.º 17.030 ou, quando não, que o prazo de cento e vinte dias para impetrar mandado de segurança, na espécie, já estava extinto desde 6 de setembro de 1947. Relativamente ao mérito, a contestação alega que o cargo do impetrante não foi transformado no de Assistente Técnico; que o impetrante, na melhor das hipóteses, teria mera expectativa de direito; que não estava efetivado qualquer direito do impetrante, quando a lei n.º 74, de 21 de fevereiro do corrente ano, declarou extinto êsse e outros cargos iguais.

Também estão nos autos as informações do Sr. Governador do Estado que, em linhas gerais, reiteram, no mérito, as alegações da aludida contestação. Ainda ofereceu o impetrante uma petição acompanhada de documento, assim como, antes do julgamento e da sustentação oral, as alegações escritas de fôlhas, com uma fôlha do "Diário Oficial" de 25 de abril do corrente ano.

Expostas, assim, as alegações do pedido e da contestação, desde logo se verifica a improcedência das preliminares levantadas pela Fazenda do Estado, principalmente quando é certo que, já agora, existe um ato do Govêrno entendendo carecer de apoio legal a pretensão do impetrante (fôlhas), pelo que, dêsse modo, também, se antes inexistia qualquer despacho referente à re-

clamação administrativa, o prazo para ser impetrado o mandado de segurança, devia ser contado, evidentemente, na forma exposta pela petição do impetrante, ou seja a partir de 26 de dezembro de 1947, o que quer dizer que em 24 de abril do corrente ano, data da entrada dessa petição na Secretaria do Tribunal, estava o mesmo pedido formulado, precisamente, dentro do período de cento e vinte dias.

Relativamente ao mérito, porém, vê-se que nenhuma das disposições legais invocadas pelo impetrante marcou prazo para o preenchimento dos cargos a que se referem o decreto-lei n.º 17.030 e o decreto-lei n.º 17.340. Ficou, assim, à escolha do poder executivo a oportunidade para fazer as respectivas nomeações. Admitido mesmo que o govêrno, na vigência dos citados decretos, não pudesse preencher êsses cargos de maneira diversa da que foi ali prevista, nem por isso os funcionários que, como o impetrante, se julgavam beneficiados, tinham direito certo e incontestável à nomeação. Antes desta se tornar efetiva tinham, apenas, uma expectativa de direito. E uma vez que o cargo do impetrante foi extinto pela lei n.º 74, de 21 de fevereiro do corrente ano, nada mais pode êle reclamar.

"A possibilidade de acesso — como diz Mario Masagão, em parecer a propósito de questão idêntica*, não constitui, por si, direito ao cargo novo, e, pois, não engendra a faculdade de o exigir. Cabe exclusivamente à administração ajuizar da oportunidade e conveniência do provimento, de maneira que, quando a lei não lhe estipula prazo, a dilatação nenhum direito pode violar." E acrescenta nesse parecer: "É clássica no assunto a decisão da Côrte de Cassação de Roma, de 30 de janeiro de 1901, segundo a qual os interêsses dos funcionários antes do ato de provimento do cargo de acesso, "non costituiscono un diritto, ma una semplice speranza o aspettativa, e perció non possono costituire base d'azione giuridica." São ainda do mencionado parecer as seguintes passagens: "Nenhuma dúvida existe quanto a êsse princípio no direito brasileiro. O Estatuto dos Funcionários Públicos da União aplicável, no cabível, aos Estados e Municípios (art. 1.º), proibe ao funcionário pedir, por qualquer forma, sua promoção (art. 61); e, aquêle a quem por direito ela cabia, só dá ação para, depois de feita a promoção indevida, pedir que a mesma se declare sem efeito (art. 57). Acrescenta que, então, o funcionário a quem cabia a promoção será indenizado da diferença de vencimentos a que tiver direito (art. 57, § 2.º). Disposições idênticas se encontram no Estatuto dos Funcionários Civis do Estado de São Paulo (arts. 61 e 65).

Pode-se resumir quanto ficou exposto da seguinte forma: 1.º) Não fere direito de candidatos a promoção: a) a demora no provimento, que, salvo disposição especial de lei, pode ser indefinida; b) a alteração por lei, depois de surgida a vaga, dos requisitos e processos do provimento; c) a supressão do cargo de acesso, depois de vago. Nesse sentido existem, igualmente outros pareceres como também julgados dêste Tribunal ("Revista dos Tribunais", 155/15, 191 — 162/606.)

E nem mesmo procede a alegação de existir na espécie direito adquirido, porque o cargo do impetrante foi criado com titular determinado. Tal alegação, levando a questão para o campo do Direito Constitucional, ainda não traz vantagem para o impetrante.

Com efeito: Compete ao poder legislativo criar e extinguir cargos públicos e fixar-lhes os vencimentos, sendo, porém, do poder executivo a atribuição de os prover. Êsses preceitos sempre figuraram e figuram nas nossas constituições políticas. Princípio pacífico, pois, é, segundo todos os nossos constitucionalistas, o de que o legislativo não pode criar cargos designando as pessoas que devem neles ser providas.

"O poder de nomear, explica Carlos Maximiliano, constitui uma das funções

---

* NOTA DA REDAÇÃO: Parecer publicado na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 1, p. 693.

mais importantes do executivo e provàvelmente a que lhe dá maior influência política. Para o completo desempenho da sua missão de fazer cumprir fielmente as leis e promover o bem geral do país, precisa de autonomia na escolha dos seus auxiliares próximos ou remotos e na fiscalização da conduta de todos êles". E prossegue êsse autor: "O poder de nomear toca ao presidente, porém, restritamente, e aplica-se aos cargos criados pela Constituição ou pelo Congresso. Êste institui empregos, fixa-lhes ordenados ou emolumentos, estabelece as condições de investidura e a duração do exercício. O Presidente escolhe, de conformidade com a lei, as pessoas que hão de exercê-los." Tão decisiva é, a respeito, a opinião dêsse constitucionalista, que êle assim conclui: "Portanto, se as câmaras designarem de tal modo o destinatário de um emprêgo que outro não possa pelo Presidente ser nomeado, a disposição é inconstitucional, não deve ser cumprida, equivale a não ter jamais existido." (Carlos Maximiliano, "Comentários à Constituição Brasileira de 1891", n.º 346, págs. 502 a 504).

Inexistia, por conseguinte, na espécie, qualquer direito certo e incontestável. Entretanto, quando porventura se admitisse que, além de mera espectativa, o impetrante adquirira um direito, não podia pleitear, presentemente, senão indenização de perdas e danos, visto como, de há muito, o cargo que aspira foi extinto por lei.

Por êsses fundamentos: Acordam em sessão plenária do Tribunal de Justiça, rejeitar por votação unânime, as preliminares levantadas pela Fazenda do Estado e, por maioria de votos, denegar a segurança impetrada. Custas pelo impetrante.

São Paulo, 30 de junho de 1948. — *Teodomiro Dias*, Presidente. — *Paulo Costa*, Relator. — *J. C. de Azevedo Marques.* — *Almeida Ferrari.* — *Frederico Roberto.* — *J. Barbosa de Almeida.* — *Meireles dos Santos.* — *Camargo Aranha.* — *Mário Masagão.* — *J. R. A. Valim.* — *Fernandes Martins.* — *A. de Oliveira Lima.* — *Pinto do Amaral.* — *Juarez Bezerra.* — *Justino Pinheiro.* — *Vasconcelos Leme.* — *H. da Silva Lima.* — *Amorim Lima*, vencido. Concedida a segurança. — *Joaquim de Silos Cintra.* — *A. M. Câmara Leal.* — *Cunha Cintra.* — *E. Custodio da Silveira.* — *Renato Gonçalves.* — *Vicente de Azevedo.* — *Bernardes Júnior.* — *Nelson de Noronha Gustavo.* — *Áureo de Cerqueira Leite.* Foram votos vencedores os senhores Desembargadores Vicente Penteado, Leme da Silva e Morais Barros.